

# MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL\*

*Transnational movements of workers and social security rights*

**María Fuencisla Rubio Velasco\*\***

Recibido: 30 de noviembre de 2017  
Aprobado: 15 de diciembre de 2017

Para citar este artículo / To cite this article

Rubio, V., María, F. (2018) Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de seguridad social. *Revista Alma Mater*, 14 (1), pp. 58 - 73.

## Resumen

El presente artículo realiza una aproximación al contexto transnacional de los trabajadores y los derechos de seguridad social que, a partir de la normatividad internacional y la legislación desarrollada en los ordenamientos jurídicos internos, ha tenido una evolución considerable. Por lo tanto, se abordará el desplazamiento internacional, la seguridad social de los trabajadores extranjeros y los principios que se desencadenan a partir de las relaciones transnacionales. De este modo, el derecho transnacional se presenta como una fuente de gran trascendencia para la evolución de la seguridad social en la Unión Europea.

## Palabras clave

Seguridad social, movimientos transnacionales, trabajadores, extranjeros.

## Abstract

This article provides an approximation to the transnational context of workers and social security rights that, based on international regulations and legislation developed in domestic legal systems, has had a considerable evolution. Therefore, international displacement, social security of foreign workers and the principles that are triggered by transnational relations will be addressed. In this way, transnational law is presented as a source of great importance for the evolution of social security in the European Union.

## Key Words

Social security, transnational movements, workers, foreigners.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Transnacional tiene su impulso en Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial. Surge como una concepción diferente y una nueva forma de regir la vida de la comunidad internacional. Así lo vemos por ejemplo en la Directiva 94/95/CE que estableció la exigencia de comités de empresa europeos en las grandes multinacionales, debiendo informar éstas

\* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla para el V Congreso Iberoamericano y Europeo Alcalá de Henares

\*\* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Huelva

de las cuestiones transnacionales que pudieran afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores; o también en la Directiva 2008/94 al introducir un nuevo Capítulo IV sobre disposiciones relativas a las situaciones transnacionales<sup>1</sup>.

El profesor OJEDA AVILÉS delimita aún más la definición al establecer que este derecho “comprende el conjunto de normas de todo tipo que regula las relaciones entre sujetos desprovistos de imperium con trascendencia supranacional”<sup>2</sup>.

El Derecho Transnacional avanza hacia las normas sustantivas sobre derechos y obligaciones de las relaciones privadas y, en nuestro caso, laborales; a diferencia del Derecho Internacional Privado, que se encuentra limitado a resolver conflictos entre leyes y tribunales de distintos países<sup>3</sup>.

En materia de Seguridad Social, la Unión Europea presenta recopilaciones de normas de conflicto de gran importancia como es el Reglamento 883/2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que contiene una serie de normas (de conflicto y sustantivas) para casos de accidentes laborales producidos en dos o más Estados europeos. Así, tanto el citado Reglamento como los numerosos Convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social existentes suelen resolver los conflictos planteados entre instituciones o entidades gestoras de distintos Estados con el objetivo de determinar cuál de ellas debe abonar una prestación, así como la legislación es aplicable y el tribunal competente<sup>4</sup>.

## 1. MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL (FUNDAMENTO TEÓRICO)

### El Desplazamiento Internacional

El desplazamiento internacional no tiene su origen en el Derecho del Trabajo, sino que trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido. En este caso, la temporalidad, que supone un ánimo de retorno del desplazado, y el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original que evita la ruptura del vínculo contractual primero conservando el centro de gravedad de la actividad en el país de origen<sup>5</sup>.

La norma de referencia, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional<sup>6</sup>, parte del desarrollo del fenómeno que constituye el objeto de su regulación, los desplazamientos temporales de trabajadores, como consecuencia del “notable incremento” experimentado por las prestaciones de servicios transnacionales dentro de la Unión Europea intensificado por la moneda única y la interdependencia económica de los Estado miembros<sup>7</sup>.

Así lo establece en su Exposición de Motivos “la actuación en el gran mercado interior comunitario de numerosas empresas que se han beneficiado de la apertura de los mercados, públicos y privados, de contratación de obras y servicios, así como la creciente actividad de grupos de empresas y empresas de trabajo temporal de carácter transnacional, son fenómenos que se han acentuado en los últimos años y que se multiplicarán en el futuro gracias a la introducción

1 OJEDA AVILÉS, A.: Derecho transnacional del trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 23.

2 OJEDA AVILÉS, A.: Derecho transnacional..., op. cit., p. 24.

3 OJEDA AVILÉS, A.: Derecho transnacional..., op. cit., p. 32.

4 OJEDA AVILÉS, A.: Derecho transnacional..., op. cit., p. 33.

5 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero, Eolas, León, 2015, p. 45.

6 BOE de 30 de noviembre de 1999.

7 CASAS BAAMONDE, M. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en AA.VV.: Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S., (dirs.), CES, Madrid, 2002, p. 1.

de la moneda única y al cada vez mayor grado de integración e interdependencia económica existente entre los Estados miembros.”

Con lo que, la transnacionalización creciente de la economía, el desarrollo imparable de movimientos transnacionales de bienes, servicios, capitales y, en menor medida, de personas, y su dimensión europea, hace necesaria la aprobación de reglas jurídicas acomodadas a tal dimensión<sup>8</sup>.

## 2. LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIEDAD DE LA MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL

### La Organización Internacional Del Trabajo

La OIT, a finales de la década de los cincuenta, decidió entrar a regular el fenómeno de la emigración partiendo de un dato que entonces constituía una constante evidencia en todo planteamiento teórico sobre la materia: el movimiento de población obedecía, desde la perspectiva laboral, a una búsqueda de empleo o a la respuesta de una oferta previa de puesto de trabajo. El traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin<sup>9</sup>.

La movilidad se producía “para ocupar un empleo”<sup>10</sup>, siendo movilizados, aunque extranjeros, trabajadores en el país de acogida.

De este modo, la OIT acogió con matices las dos grandes líneas de actuación tradicionalmente seguidas por los Estados: de un lado, y con carácter dominante, el control del flujo de personas que ingresan desde fuera en el mercado nacional de empleo a fin de evitar un perjuicio para los trabajadores nacionales, la minoración de los gastos en protección social o el descontrol sobre la nueva población activa o los efectos del mestizaje cultural; de otro, la garantía de un estatuto jurídico específico para el trabajador migrante diseñado con la finalidad de tratar de paliar su situación particular de desprotección<sup>11</sup>.

El contexto histórico de las últimas décadas del siglo XX y de la primera mitad del siglo XXI ha evolucionado considerablemente, si lo comparamos con las etapas precedentes. De ahí, que se tienda a interpretar la movilidad internacional de la población en el contexto de la globalización<sup>12</sup>.

En el Convenio núm. 143, la OIT reconoce la presencia de un nuevo fenómeno de movilidad laboral distinto como es el desplazamiento, que es considerado una vicisitud más en la relación de trabajo que supone una movilidad geográfica supranacional y puede cumplir un doble objetivo: satisfacer el derecho subjetivo de crédito del empresario por el cumplimiento del trabajo realizado en función del ejercicio de su poder de dirección con carácter temporal y no definitivo; y contribuir a ampliar una prestación de servicios entre trabajador y empleador en un Estado distinto a aquél donde se inició la relación laboral<sup>13</sup>.

### Los Principios Esenciales En Los Desplazamientos De Trabajadores

#### a. El Principio De Equivalencia

Constituye la manifestación fundamental de la integración jurídica y aparece fundado en la intención común de los distintos países miembros dirigida a conseguir idénticos objetivos básicos de conformidad con el interés público, aun cuando los medios resulten ser heterogéneos<sup>14</sup>.

8 CASAS BAAMONDE, M. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos...”, op. cit., p. 1.

9 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores..., op. cit., p. 33.

10 Art. 11 Convenio núm. 97 OIT. Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado). Adoptado en Ginebra el 01 julio 1949. Entrada en vigor el 22 de enero de 1952.

11 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores..., op. cit., p. 33.

12 DOMÍNGUEZ MÚJICA, J. y GODENAU, D.: “Las migraciones internacionales en el siglo XXI”, en AA.VV.: Ramos Quintana, M. I., (coord.), Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, Bomarzo, Albacete, 2010, pp. 59 y ss.

13 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores..., op. cit., pp. 35-36.

14 STJCE 369 y 376/96, 23-11-99, asuntos acumulados Arblade y Leloup.

Los Estados han de actuar conducidos por el Principio de lealtad respecto a la Unión y por el Principio de equivalencia, es decir, han de poner a disposición de este empeño toda la maquinaria normativa y administrativa sin discriminación para con los intereses financieros o jurídicos europeos<sup>15</sup>.

### **b. El Principio De Libertad De Circulación**

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión es uno de los derechos más esenciales que conforman la Ciudadanía de la UE. Se concedía inicialmente a favor de los trabajadores en el derogado Tratado de la Comunidad Europea, pero actualmente se aplica a todos los ciudadanos de la UE.

El citado derecho de libertad de circulación y de residencia supone la transformación de las antiguas migraciones internacionales europeas en migraciones internas o intra-UE. Ello es debido, sobre todo, a la creación de un mercado laboral único en toda la Unión que denominamos mercado interior que se amplía a Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza en virtud de los Tratados internacionales firmados entre estos países y la UE<sup>16</sup>.

En la actualidad, las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión ya no son las existentes entre ellos mismos, sino las mantenidas con Estados no miembros. Además, se puede afirmar un incipiente reconocimiento regionalizado en la Unión Europea del "ius migrandi"<sup>17</sup>.

Dentro de las migraciones interiores intra-UE podemos diferenciar, por un lado, las migraciones que responden al principio de libre circulación y residencia de personas y trabajadores que corresponde a los ciudadanos de la UE y sus familiares -sean o no ciudadanos de la UE y, por otro, las migraciones de nacionales de terceros países, residentes en un Estado miembro que no gozan de dicha libertad de circulación y residencia.

Diferenciado de los anteriores, encontramos un tercer grupo constituido por los trabajadores desplazados transnacional y temporalmente en el marco de la libre prestación de servicios que posibilita a las empresas a desplazar a sus propios trabajadores, sean o no ciudadanos de la UE, para una prestación transnacional en otro Estado miembro de la UE.

### **c. El Principio De Libertad De Establecimiento y De Prestación De Servicios**

En relación a la libre prestación de servicios, aquí es donde queda fijada la base jurídica de los desplazamientos, que coloca a la movilidad de mano de obra en una posición secundaria. Así, el libre juego de la competencia exigirá asumir las posibles desventajas en este ámbito de los nacionales del país de acogida derivadas de mantener el Derecho aplicable del Estado de origen.

### **d. La Competencia Leal Para Impulsar Las Prestaciones Transnacionales De Servicios**

La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios señala que, "considerando que la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacional al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente"<sup>18</sup>.

Por lo que "el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores"<sup>19</sup>.

15 ROLDÁN BARBERO, F. J.: "Soberanía del estado y derecho de la Unión Europea", en AA.VV.: Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Vargas Gómez-Urrutia, M. y Salinas de Frías, A. (coords.), vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 1225.

16 CHUECA SANCHO, A. G. y AGUELO NAVARRO, P.: "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n. 35/2014 parte Dossier, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 3-4.

17 CHUECA SANCHO, A. G. y AGUELO NAVARRO, P.: "La libertad de circulación de trabajadores...", op. cit., p. 4

18 Considerando 3.

19 Considerando 5.

La intención de la normativa europea parece clara, evitar discriminaciones o restricciones que obstaculicen la realización efectiva de libertades fundamentales comunitarias, al situar a las empresas establecidas en otro país en desigualdad de condiciones con sus competidores del país de acogida, lo cual las puede disuadir de prestar tal actividad productiva<sup>20</sup>.

### **3. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

El notorio incremento de la inmigración ha supuesto que la protección de Seguridad Social del trabajador extranjero constituya un tema de actualidad y de creciente interés, tanto en nuestro país como en el contexto europeo.

Además, la situación actual de crisis económica y las alarmantes cifras de paro, han obligado a la adopción de vías o perspectivas menos aperturistas ante el fenómeno migratorio<sup>21</sup> y, de alguna manera han puesto a prueba la solidez de nuestro Sistema de Seguridad Social y economía en general<sup>22</sup>.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los principios aplicables en el marco de la Seguridad Social europea no se aplican a los extranjeros en situación irregular.

Procedemos a analizar algunos principios de Seguridad Social para la protección de los extranjeros en el marco internacional.

#### **La Protección De Seguridad Social De Los Extranjeros En El Marco Internacional**

Los Convenios Internacionales han reconocido la importancia del acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social con el objetivo de reducir su situación de desarraigo, favorecer la integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales. Para favorecer la igualdad de trato respecto de los nacionales, se hacía necesario eliminar de forma progresiva el requisito de la reciprocidad y, por tanto, las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo<sup>23</sup>.

Desde que se empezaron a establecer los sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigían los beneficios de los mismos a sus propios nacionales<sup>24</sup>. Pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social por medio de convenios bilaterales que implicaban la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio, como puede ser el Convenio n. 19 de la OIT en materia de accidente de trabajo<sup>25</sup>.

Debemos puntualizar que la protección que dispensa la normativa internacional va referida a la inmigración regular. Los irregulares quedan olvidados y, por tanto, desprotegidos.

#### **a. El Principio De Igualdad De Trato Entre Trabajadores Nacionales y Extranjeros y Sus Excepciones**

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al Derecho Internacional y otra referida al derecho interno<sup>26</sup>. Así, desde la perspectiva del derecho internacional, nuestro Estado debe

20 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores..., op. cit., p. 54.

21 Así lo demuestra el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. Norma desarrollada por el RD 1800/2008, de 3 de noviembre. BOE de 11 noviembre 2008.

22 MONTOYA MEDINA, D.: "Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado", Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 144/2009, Civitas, Madrid, 2009, p. 1.

23 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios", Relaciones Laborales, n. 2/2001, La Ley, Madrid, p. 5.

24 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales, Comares, Granada, 2011, p. 41.

25 Artículo 1. Convenio n. 19 OIT. "1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo."

26 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, Tecnos, Madrid, 2001, p. 58.

conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

En el marco internacional, el principio de igualdad de trato aumentó su importancia desde el momento en que se empezaron a desarrollar los sistemas de Seguridad Social, especialmente debido a la concepción favorable del establecimiento de sistemas de protección financiados con fondos públicos. Esta circunstancia motivó que se desdibujara la relación de sinalagmaticidad entre cuota y prestación, provocando con ello, la discriminación entre nacionales y no nacionales<sup>27</sup>.

La mayoría de los Convenios que establecen la igualdad de trato de los extranjeros respecto a los nacionales, autorizan excepciones a esa regla y, en consecuencia, el principio de igualdad de trato se configura desde dos técnicas diferentes: por un lado, existen Convenios que prevén la igualdad absoluta de trato para trabajadores extranjeros y, por otro, Convenios que establecen un régimen de reciprocidad entre los Estados que lo hayan ratificado y solo obligan al respeto de los extranjeros que sean procedentes de los países que ratificaron dicho Convenio<sup>28</sup>.

La protección del trabajador migrante, tanto como trabajador extranjero, como por ser un trabajador que se desplaza, requiere un tratamiento normativo a nivel internacional. Ese tratamiento deriva de una serie de instrumentos bilaterales o multilaterales de muy diversos tipos, que han permitido enormes progresos pero que no han podido impedir la pervivencia de ciertas condiciones particulares para el derecho a prestaciones. En opinión de RODRIGUEZ-PIÑERO, esto "puede suponer de hecho una desventaja importante para el trabajador migrante" ya que "se rompen los esquemas tradicionales asegurativos y entran los fondos públicos de manera importante a financiar las prestaciones de Seguridad Social"<sup>29</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>30</sup> ha declarado de forma contundente que no debe existir una discriminación basada únicamente en razones de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe estar basada en razones justificadas, objetivas y razonables.

Según la jurisprudencia del TEDH, una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si "carece de justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "fin legítimo" o si no existe una "relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido". Por otro lado, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones, a otros efectos análogas, justifican una distinción en el trato. Sin embargo, añade que, "sólo unas consideraciones muy serias pueden llevar al Tribunal a considerar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad"<sup>31</sup>.

Actualmente, en la mayoría de los supuestos, la protección se dirige a los extranjeros que adquieren la condición de trabajadores y a sus familias con independencia de la nacionalidad. Predomina así la protección de los inmigrantes por su condición de trabajador y a sus familiares con independencia de la nacionalidad, aunque el requisito de la residencia sí suele ser una exigencia en el país, es decir, deberán ser trabajadores con autorización<sup>32</sup>.

27 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., p. 59.

28 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., p. 59.

29 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 58.

30 STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966.

31 Como señala la STEDH 1966/40, Caso Gaygusuz c. Austria, 16 de septiembre de 1966. "Por lo tanto, los argumentos expuestos por el Gobierno demandado no convencen al Tribunal. La diferencia de trato, en lo relativo al beneficio de las prestaciones sociales, entre ciudadanos franceses o de países signatarios de un convenio de reciprocidad y los demás extranjeros no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable".

32 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 42. CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., p. 44.

En todo caso, tal como advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, "resulta un principio fundamental deducible del régimen convencional de la Seguridad Social: la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, por la que los trabajadores (o, en su caso, los ciudadanos) de los países contratantes gozan en el otro país (o en los otros países) de todos los beneficios de la Seguridad Social (y están sometidos a las mismas cargas) que los trabajadores nacionales y con las mismas condiciones y requisitos que los nacionales: igualdad de trato que tiene límites importantes, tanto respecto a las prestaciones no contributivas como respecto a ciertas condiciones mínimas de previa residencia<sup>33</sup>.

#### **b. Excepciones al principio de igualdad de trato<sup>34</sup>**

No obstante, todavía podemos encontrar, respecto al principio de igualdad de trato, dos excepciones a destacar que orientan el citado principio y que limitarían el objeto de la protección:

- La igualdad de trato puede ser negada respecto a una determinada rama, en concepto de "retorsión", especialmente en los Convenios multilaterales, de forma recíproca, respecto de los ciudadanos de una de las partes que, a pesar de cubrir esa contingencia dentro de su ordenamiento de Seguridad Social, no establezca igualdad de trato respecto de la misma a los nacionales del otro Estado Miembro. Esta posibilidad, que sanciona una falta de reciprocidad concertada o legal, tiene su fundamento o inspiración en disposiciones constitucionales, según las cuales el Derecho internacional está expresamente condicionado por la reciprocidad.
- En otro sentido, la igualdad de trato puede depender de una condición o determinada residencia previa en el Estado que las concede, respecto a los ciudadanos de cualquier Miembro que subordine, en su legislación, el reconocimiento y otorgamiento de las prestaciones al requisito de la residencia en su territorio.

En relación a los sujetos que se benefician de la igualdad de trato, reiteramos que la regla general es la aplicación a los nacionales de los Estados parte de un Convenio de Seguridad Social. Sin embargo, cada vez es más frecuente que el ámbito personal de los Convenios incluya sujetos que, independientemente de su nacionalidad, hayan estado sujetos a la legislación de las partes obligadas por el Tratado. En la mayor parte de los casos, los sujetos protegidos ostentan la condición de trabajador con independencia del régimen de Seguridad Social al que pueda inscribirse o si es por cuenta propia o ajena, excluyendo a los funcionarios que son omitidos sistemáticamente<sup>35</sup>.

Estas inclusiones podrían fundamentarse en el arraigo de la profesionalidad de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados. Además, respecto a nuestro Estado, los sujetos susceptibles de protección por los instrumentos coordinadores suscritos lo serán a nivel contributivo, salvo escasas excepciones<sup>36</sup>.

Es frecuente el establecimiento del principio de igualdad de trato "sin condición de nacionalidad" pero, en cualquier caso, debemos señalar que es necesario que los trabajadores migrantes tengan regularizada su situación en el país de acogida, con las correspondientes autorizaciones administrativas<sup>37</sup>.

33 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: La Seguridad Social de los trabajadores migrantes..., op. cit., pp. 58-59.

34 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social internacional", en AA.VV.: La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pp. 182-183.

35 En relación al colectivo de funcionarios de la Comunidad Europea ha cambiado la regla excluyente, con el Reglamento 1606/98. Así, y aunque con limitaciones, se les ha incluido en el campo de aplicación del sistema coordinador comunitario.

36 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., p. 61. Es evidente que el Convenio Europeo de Seguridad Social y los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, obligan a los Estados a cubrir a los nacionales de los otros Estados miembros o partes con las prestaciones no contributivas. De otro lado, los Convenios bilaterales más modernos (Brasil, Chile, Rusia, Ucrania y Uruguay) recogen de forma expresa o tácita la posibilidad de que a través de los mismos se cubran a los sujetos protegidos mediante prestaciones no contributivas.

37 ALVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., p. 62.

### c. El Principio De Reciprocidad Entre Estados

La obtención de las autorizaciones administrativas por el trabajador no garantizaba la incorporación efectiva a los seguros sociales y al Sistema de Seguridad Social, pues el ejercicio de una actividad profesional no se consideraba suficiente para el acceso de los extranjeros a la previsión social, porque se entendía que éstos derechos habían nacido con el claro objetivo de proteger a los trabajadores nacionales<sup>38</sup>.

No obstante, tras la puesta en marcha del Sistema de Seguridad Social el modelo normativo mantuvo las anteriores bases, apoyándose la tutela social de los trabajadores extranjeros en el principio de reciprocidad, siendo éste, el principio más importante de todos lo que rigen la cooperación internacional, pues responde a una realidad histórica, *do ut des*, hace que las obligaciones y concesiones propias se correspondan a las asumidas a contrario<sup>39</sup>.

Se produjo, en consecuencia, la equiparación completa entre los súbditos de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses, brasileños y los ecuatoguineanos<sup>40</sup>. Así, la proyección del principio de "rabiosa" igualdad de inmigrantes nacionales de los restantes países, se transformó en regla básica a raíz de la firma del Convenio n. 97 de la OIT<sup>41</sup>.

En virtud del principio de reciprocidad, el país de origen del extranjero deberá ofrecer una protección equivalente al trabajador español emigrante. Así, si el Sistema del otro Estado permite la incorporación de los españoles, pero existe una limitación o restricción a determinadas prestaciones, el extranjero también estará excluido en el Sistema de Seguridad Social español. En consecuencia, existe igualdad de trato, pero los términos de comparación son diferentes: no son personas sometidas a un mismo ordenamiento, sino que estaremos ante distintos ordenamientos para personas en situaciones semejantes<sup>42</sup>.

### d. El Principio De Conservación De Derechos Adquiridos

Se trata de un principio de doble vertiente pues, por un lado, se refiere a la conservación de los derechos perfectos o que ya vienen siendo disfrutados por el trabajador migrante y, por otro, pretende que el trabajador que aún no ha perfeccionado sus derechos por no cumplir los requisitos para obtener el mismo, especialmente los que se refieren a períodos de cotización previa, no vea frustradas sus expectativas por el hecho de salir a trabajar al extranjero.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país<sup>43</sup>.

Los convenios y demás instrumentos internacionales consideran indispensable el acceso a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, buscando reducir su situación de desarraigo, favorecer su integración social y salvaguardar sus derechos fundamentales<sup>44</sup>.

38 RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Ámbito Subjetivo del sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 177.

39 MERCADER UGUINA, J. R.: "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV.: *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II, Gobierno de Cantabria, Santander, 2003, pp. 1137 y ss.

40 Art. 7.5 LGSS "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida."

41 MERCADER UGUINA, J. R.: "La protección social...", op. cit., p. 1138.

42 RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Ámbito subjetivo...*, op. cit., p. 178. En el mismo sentido, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada...*, op. cit., p. 5.

43 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., pp. 182-183. Al respecto puede verse SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del derecho del trabajo y la seguridad social*, Aranzadi, Navarra, 2015.

44 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La Seguridad Social y...", op. cit., p. 5. Con la finalidad de asegurar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social se ha ido eliminando de forma progresiva el requisito de la reciprocidad relativizando las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y condiciones de trabajo.



Desde que se establecieron los Sistemas de Seguridad Social, los Estados dirigieron los beneficios de los mismos a favor de sus propios nacionales; pero con el transcurso del tiempo, se intentó extender los derechos de Seguridad Social a través de convenios bilaterales que contemplaran la protección de los nacionales que emigraran hacia los Estados con los que se firma el convenio. Además, estos convenios deben coordinar los ordenamientos jurídicos de seguridad social ordenando las prestaciones cuando proceden de la aplicación de forma conjunta o compartida de diferentes sistemas de Seguridad Social<sup>45</sup>.

Así, de este modo, los convenios generales suelen ser flexibles regulando mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, las técnicas estaban ya bastante desarrolladas en el momento de plantearse el tratamiento comunitario de estas cuestiones y por ello fueron incluidas, en buena parte, en éste, a la vez que se dieron nuevos y decisivos pasos<sup>46</sup>.

Así, de este modo, los convenios generales suelen ser flexibles regulando mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social<sup>47</sup>. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, las técnicas estaban ya bastante desarrolladas en el momento de plantearse el tratamiento comunitario de estas cuestiones y por ello fueron incluidas, en buena parte, en éste, a la vez que se dieron nuevos y decisivos pasos<sup>48</sup>.

A nivel Internacional, los Convenios de Seguridad Social tienden a prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado se beneficien de todos los derechos adquiridos por ellas, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el territorio de uno de los Estados Miembros<sup>49</sup>.

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede<sup>50</sup>. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga<sup>51</sup>. No obstante, suele establecerse, en caso de prestación de naturaleza económica, una equiparación entre el territorio nacional y el territorio donde resida el beneficiario<sup>52</sup>. En consecuencia, los migrantes podrán beneficiarse, en todo caso, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando cese su residencia en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

### **e. El Principio De Mantenimiento De Derechos En Curso De Adquisición**

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el *principio pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados<sup>53</sup>.

El principio pretende la reconstrucción de la Seguridad Social de los migrantes, a pesar de su afiliación sucesiva a diversas legislaciones. Con la finalidad de que se tomen en cuenta todos los periodos útiles de calificación, es decir, periodos de seguro, de actividad profesional o de residencia, dependiendo del caso, para el reconocimiento de los derechos y el cálculo de las

45 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 41.

46 CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., p. 43.

47 CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., p. 43.

48 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: La Seguridad Social de los trabajadores migrantes..., op. cit., p. 60.

49 ALVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., p. 78.

50 CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., pp. 46-47.

51 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 42.

52 CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., pp. 46-47.

53 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 42-43.

prestaciones, para garantizar los beneficios análogos a los que podrían aspirar si estos migrantes hubieran realizado toda su carrera en un solo país<sup>54</sup>.

Los sistemas contributivos exigen un período previo de cotización, esto es, que los trabajadores contribuyan de forma previa al sistema de Seguridad Social. Esta exigencia, en multitud de casos, es de imposible cumplimiento por los trabajadores migrantes ya que su residencia y trabajo puede que no sea lo suficientemente larga como para acceder a las prestaciones derivadas de una determinada contingencia<sup>55</sup>. En relación a ello, los convenios internacionales suelen establecer mecanismos de ajuste para que los trabajadores no sufran la pérdida de dichos derechos. Así, los trabajadores migrantes que realicen actividades profesionales en un determinado Estado (siempre que sea parte del Convenio), tendrán reconocidos los períodos de residencia y cotización mediante la totalización, o bien se computarán para la adquisición cuando el hecho causante sea generado<sup>56</sup>.

#### **f. El Principio De Cooperación Entre Estados**

Se trata de un principio de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social y se encuentra en todos los Convenios de la OIT que se refieran de forma específica a la Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes. Alude a la colaboración administrativa entre las autoridades competentes o entre las instituciones de los Miembros, para la aplicación de tales instrumentos y de las legislaciones coordinadas. La necesidad de una cooperación orgánica entre esas autoridades o instituciones para un buen funcionamiento de un sistema de coordinación, justifica que la colaboración administrativa pueda ser considerada como una exigencia fundamental de cualquier sistema de esta clase y explica su constante afirmación en los Convenios n. 19, n. 48 y n. 118, los cuales han precisado progresivamente sus condiciones de aplicación<sup>57</sup>.

En efecto, mientras que el Convenio n. 19 OIT se limitó al reconocimiento de este principio, el Convenio n. 48 OIT especificó que la colaboración administrativa era reembolsable sobre la base de los gastos efectivamente realizados, salvo pacto en contrario<sup>58</sup>.

Para facilitar la aplicación del Convenio, se crea, en conexión con la Oficina Internacional del Trabajo, una comisión compuesta por un delegado de cada Miembro y por tres personas designadas respectivamente por los representantes de gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores en el Consejo de Administración de la Oficina. La comisión redactará su propio reglamento<sup>59</sup>.

La importancia de los instrumentos de la OIT sobre Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes ha consistido, especialmente, en la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social y, la revisión del Convenio n. 48 que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió, durante su 211ª sesión (noviembre de 1979), inscribir en el orden del día de la 67ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1981, abre una nueva fase de reglamentación internacional de la OIT, por medio de sus instrumentos de vocación universal, a favor de la garantía de los derechos de los migrantes en materia de Seguridad Social<sup>60</sup>.

La intención principal es impulsar el desarrollo de la coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social, gracias a la confirmación de los principios, a la racionalización de los métodos y a la elaboración de fórmulas de modelo aplicables a los diferentes regímenes en presencia<sup>61</sup>.

54 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 186.

55 ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social..., op. cit., pp. 86-87.

56 CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional...", op. cit., p. 47

57 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 190.

58 Art. 14.2 Convenio n. 48 OIT

59 Art. 20 Convenio n. 48 OIT Art. 20 Convenio n. 48 OIT

60 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 191.

61 PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social...", op. cit., p. 191.

#### 4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

La inclusión de los trabajadores inmigrantes en el Sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y no contributivas viene recogido en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>62</sup>.

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE)<sup>63</sup> resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía como en el incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social<sup>64</sup>.

El Tratado de la Unión Europea incluye entre sus objetivos "un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas" para todos sus ciudadanos, todo ello en el marco de una economía de mercado "tendente al pleno empleo y al progreso social"<sup>65</sup>. Sin embargo, los trabajadores procedentes de países no comunitarios no podrán invocar este derecho de libre circulación de trabajadores.

Posteriormente, la Carta Social Europea de 1961<sup>66</sup> ratificada por la mayoría de los países, establece la obligación de implantar Sistemas de Seguridad Social tomando como referencia el Convenio 102 OIT, aunque con el compromiso de un perfeccionamiento progresivo, tal y como establece en su art. 12.<sup>67</sup> Respecto a nuestro sistema interno de protección social de los ciudadanos extranjeros, éste viene condicionado por la normativa comunitaria y, en concreto, por lo establecido en el Reglamento CEE 1408/1971<sup>68</sup>. Este Reglamento quedó derogado y sustituido desde el 1 de mayo de 2010 por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>69</sup>, salvo las excepciones previstas en el artículo 90 de este último<sup>70</sup>.

62 Art. 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. "1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales."

63 Uno de los principios fundamentales del Tratado de Roma fue precisamente la libertad de circulación de trabajadores. Al igual que el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968, que desarrolla como principio general la supresión de cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de nacionalidad en el trabajo, el salario y demás condiciones de empleo, así como el acceso a la vivienda y el derecho a la reunificación familiar.

64 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 43.

65 Art. 3 párrafo 3, antiguo art. 2 del Tratado de la Unión Europea.

66 Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

67 "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o 'de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes'".

68 Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad. Una versión actualizada tras múltiples modificaciones: Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio 1971 ([eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do)).

69 [www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento\\_883\\_2004](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_883_2004).

70 "1. Queda derogado el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento. No obstante, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos: • a) del Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento; • b) del Reglamento

Este Reglamento establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen, y tiene como principio básico la coordinación, facilitando la totalización de periodos para la generación de derechos de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que facilita tanto el derecho a la conservación de derechos, como a la exportación de los mismos<sup>71</sup>.

La situación derivada del citado Reglamento ofrecía problemas de distinto orden pero básicamente centrados en la aplicación de un trato discriminatorio respecto de los trabajadores no comunitarios, tal y como podíamos extraer de su art. 2, según el cual "se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados Miembros o apátridas y que sean nacionales de uno de los Estados Miembro o apátrida o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estado Miembros, así como a miembros de sus familias y a sus supervivientes", texto de cuya lectura se deduce la inaplicación del Reglamento a nacionales de terceros países aunque residan y trabajen legalmente en el territorio de los Estados Miembros<sup>72</sup>.

El Reglamento 859/2003 (CE)<sup>73</sup>, en su artículo primero, ofrece diferencias sustanciales respecto al régimen regulado por el Reglamento precedente<sup>74</sup> pero la fórmula que se utiliza en este precepto no supone una modificación del Reglamento anterior, sino una extensión del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, alcanzando así a los sujetos que hasta ese momento se encontraban excluidos de aplicación en virtud de la nacionalidad<sup>75</sup>.

En definitiva, para la aplicación de la normativa anterior es necesario un requisito adicional: la residencia legal del inmigrante en un país de la UE. De ello derivan dos implicaciones: no se podrá otorgar ningún derecho de coordinación de Seguridad Social al extranjero no comunitario en

(CEE) núm. 1661/1985, de 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho reglamento; •c) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento. 2. Las referencias al Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 en la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, se entienden hechas al presente Reglamento." Para una mayor información, [http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento\\_1408\\_1971](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Reglamento_1408_1971).

71 Art. 29 Reglamento 1408/1971 "Residencia de los miembros de la familia en un Estado distinto de aquél en que reside el titular. Traslado de residencia al Estado donde reside el titular 1. Los miembros de la familia del titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o rentas debidas en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros, que residan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que reside el titular, disfrutarán de las prestaciones en especie como si el titular residiera en el mismo territorio que ellos, siempre que el titular tenga derecho a las mencionadas prestaciones en virtud de la legislación de algún Estado miembro. Estas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia de los miembros de la familia, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que dicha institución aplique, con cargo a la institución del lugar de residencia del titular. 2. Cuando los miembros de la familia a que se refiere el apartado 1 trasladen su residencia al territorio del Estado miembro donde reside el titular, disfrutarán de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, aunque hubieran disfrutado, antes de trasladar su residencia, de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o de maternidad."

72 GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países". Relaciones Laborales, n. 1/2004, La Ley, Madrid, 2004, p. 1118.

73 Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971 y del Reglamento (CEE) núm. 574/1972 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

74 Art. 1 "Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado Miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado Miembro".

75 El anterior Reglamento sólo acogía de entre el grupo de los no comunitarios a los apátridas y a los refugiados. Por ello, la extensión que se lleva a cabo también abarca a los supervivientes no comunitarios de los trabajadores no comunitarios y también a sus familiares. SÁNCHEZ PÉREZ, J.: La protección otorgada..., op. cit., p. 45.

situación irregular y, por otro lado, que el Reglamento no alterará en nada las normas aplicables respecto de la situación administrativa irregular<sup>76</sup>.

## 5. METODOLOGÍA

La metodología a seguir a la hora de desarrollar y llevar a cabo este trabajo tendrá como eje central la búsqueda de información a través tanto de la normativa como de la jurisprudencia recaída al respecto, sin olvidar los comentarios realizados sobre éstas.

Las monografías, artículos y estudios sobre los temas a investigar también supondrán un material de ineludible estudio y análisis.

A través del análisis de discurso legal, se analizarán, entre otros, los conceptos de Derecho Transnacional, Desplazamiento Internacional, la Movilidad laboral, así como la Seguridad Social presentes en todos estos textos legales y jurisprudencia. El análisis legal tendrá como finalidad estudiar la eficacia social de las normas sobre trabajadores desplazados seleccionadas, entendiendo como eficacia social, el grado de consecución de las funciones sociales que el derecho perseguía.

Toda esta información será procesada y puesta al día constantemente para buscar unos principios generales que rijan las situaciones objeto de nuestro estudio.

De esta forma, para un buen desarrollo del trabajo, se irán combinando los métodos deductivo e inductivo, siendo este último un instrumento complementario del primero.

Entre la doctrina fundamental a tener en cuenta para la elaboración del presente trabajo, podemos destacar:

En materia de Derecho del Trabajo autores como ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE; CRUZ VILLALÓN, J.; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.; MONTOYA MELGAR, A.; OJEDA AVILÉS, A.; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I.; BAYLOS GRAU, A.;

Tratamiento jurídico de la Inmigración: CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.; ESPINAR VICENTE, J. M.; FERNÁNDEZ COLLADOS, B.;

En materia de Derechos Fundamentales de los extranjeros: MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.;

Sobre el trabajo de los extranjeros: BALLESTER PASTOR, M. A.; CEINOS SUÁREZ, A.; HIERRO HIERRO, F.J.; LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J.; RAMOS QUINTANA, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; SEMPERE NAVARRO, A. V.; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.;

Y en relación a la Seguridad Social: FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; GARCIA MURCIA, J.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.

## 6. RESULTADOS

El Derecho Internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes con el objeto de ser protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales y que su migración no produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir.

Con todo, el principio de igualdad es el que mejor daría respuesta a las necesidades de los trabajadores, pues quedarían encuadrados en el sistema como un nacional y se le aplicará para cualquier tipo de prestación tanto presente como futura.

76 GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.: "La Seguridad Social...", op. cit., p. 1124.

Respecto a las prestaciones asistenciales, no podrían exportarse ya que al ser sufragadas por la solidaridad de los ciudadanos y financiadas por impuestos, sólo podrán disfrutarse cuando se reside en el país que las concede. Con lo cual, éstas se encuentran directamente vinculadas, para poder exigirse, a la residencia en el país que las otorga.

La conservación de derechos en vías de adquisición ofrece una situación peculiar, pues cuando se refieren a prestaciones contributivas se exige una carrera de cotización para tener acceso a las mismas. Si el reconocimiento de la totalidad de los periodos de cotización depende del cómputo acumulado de cotizaciones en el país de origen y en uno o más países de destino, la solución más común viene dada por el principio *pro rata temporis*, según el cual el pago se llevará a cabo en cuantía proporcional a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

Desde que se empieza a aplicar el principio de libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (art. 45 TFUE) resultan indiscutibles las consecuencias dinamizadoras producidas tanto en la economía como en el incremento de la regulación derivada del empleo y de la protección social.

## CONCLUSIONES

El desplazamiento internacional trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido. En este caso, la temporalidad, que supone un ánimo de retorno del desplazado, y el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original que evita la ruptura del vínculo contractual primero conservando el centro de gravedad de la actividad en el país de origen.

La norma de referencia, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, parte del desarrollo del fenómeno que constituye el objeto de su regulación, los desplazamientos temporales de trabajadores, como consecuencia del "notable incremento" experimentado por las prestaciones de servicios transnacionales dentro de la Unión Europea intensificado por la moneda única y la interdependencia económica de los Estado miembros.

En materia de Seguridad Social, la Unión Europea presenta recopilaciones de normas de conflicto de gran importancia como es el Reglamento 883/2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que contiene una serie de normas para casos de accidentes laborales producidos en dos o más Estados europeos. Así, tanto el citado Reglamento como los numerosos Convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social existentes suelen resolver los conflictos planteados entre instituciones o entidades gestoras de distintos Estados con el objetivo de determinar cuál de ellas debe abonar una prestación, así como la legislación es aplicable y el tribunal competente.

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social puede entenderse desde dos vías distintas: una referente al Derecho Internacional y otra referida al derecho interno. Así, desde la perspectiva del derecho internacional, nuestro Estado debe conceder la igualdad de trato en materia de Seguridad Social según lo dispongan los tratados y Convenios internacionales, tanto bilaterales como multilaterales que se hayan ratificado.

Aparte de la igualdad de trato, el mantenimiento de los derechos adquiridos constituye un principio esencial de la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social. Así, permite a los migrantes beneficiarse en todo caso, además del principio de igualdad de trato, de las prestaciones que tienen reconocidas, cuando dejen de residir en el territorio del país deudor y cuando sus derechohabientes no residan o dejen de residir en ese país.

La inclusión de los trabajadores inmigrantes en el Sistema de Seguridad Social para prestaciones contributivas y no contributivas viene recogido en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Respecto a nuestro sistema interno de protección social de los ciudadanos extranjeros, éste viene condicionado por la normativa comunitaria y, en concreto, por lo establecido en el Reglamento CEE 1408/1971. Este Reglamento quedó derogado y sustituido desde el 1 de mayo de 2010 por el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Este Reglamento establece el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión Europea que residan en alguno de los Estados que la componen, y tiene como principio básico la coordinación, facilitando la totalización de periodos para la generación de derechos de Seguridad Social y el cálculo de prestaciones, lo que facilita tanto el derecho a la conservación de derechos, como a la exportación de los mismos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario, Tecnos, Madrid, 2001.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "Seguridad social internacional", en AA.VV.: La protección social de los extranjeros en España, González Ortega, S., (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley", en AA.VV.: Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S., (dirs.), CES, Madrid, 2002.

CHUECA SANCHO, A. G. y AGUELO NAVARRO, P.: "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n. 35/2014 parte Dossier, Aranzadi, Pamplona, 2014.

DOMÍNGUEZ MÚJICA, J. y GODENAU, D.: "Las migraciones internacionales en el siglo XXI", en AA.VV.: Ramos Quintana, M. I., (coord.), Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, Bomarzo, Albacete, 2010.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero, Eolas, León, 2015.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. y QUINTERO LIMA, G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países". Relaciones Laborales, n. 1/2004, La Ley, Madrid, 2004.

MERCADER UGUINA, J. R.: "La protección social de los trabajadores extranjeros", en AA.VV.: Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo II, Gobierno de Cantabria, Santander, 2003.

OJEDA AVILÉS, A.: Derecho transnacional del trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

PERRIN, G.: "Los principios de la Seguridad Social internacional", en AA.VV.: La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Ámbito Subjetivo del sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.

ROLDÁN BARBERO, F. J.: "Soberanía del estado y derecho de la Unión Europea", en AA.VV.: *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vargas Gómez-Urrutia, M. y Salinas de Frías, A. (coords.), vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del derecho del trabajo y la seguridad social*, Aranzadi, Navarra, 2015.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, Granada, 2011.